



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº 076/2021

2ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 21 DE JULHO DE 2020

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/1055/2017 AI Nº 1/2016.23874

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL IND. E COM. LTDA

CGF: 06.266.667-3

CONSELHEIRO RELATOR: FRANCILEITE CAVALCANTE FURTADO REMÍGIO

CONSELHEIRO DESIGNADO: FERNANDO AUGUSTO DE MELO FALCÃO

EMENTA: OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. VENDA DE MERCADORIAS SEM NOTA FISCAL, SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ENTRADAS. O AGENTE FISCAL NÃO JUNTOU AO PROCESSO OS RELATÓRIOS DE ENTRADAS E SAÍDAS QUE DERAM ORIGEM AO RELATÓRIO TOTALIZADOR. A administração pública tem que juntar todos os elementos de prova dos fatos alegados na acusação, sob pena de malferimento do contraditório e da ampla defesa. A prova é direcionada não só ao contribuinte, mas também ao Julgador. Decisão pela NULIDADE, por voto de desempate da Presidência da Câmara, para modificar a decisão de improcedência prolatada na instância singular, nos termos do voto do Conselheiro Relator Designado, de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária e contrariamente ao Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em Sessão.

Palavras Chaves: Obrigação Acessória. Falta de provas. Contraditório e ampla defesa.

RELATÓRIO

Versa o presente processo de acusação de venda de mercadorias sem nota fiscal, sujeitas a substituição tributária, no período de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2013. Aponta como dispositivo legal infringido o art. 18, da Lei nº 12.670/96 e penalidade prevista no art. 126, do mesmo diploma legal, mas com redação alterada pela Lei nº 13.418/2003. Aplicou multa no valor de R\$ 114.514,97 (cento e quatorze mil quinhentos e quatorze reais e noventa e sete centavos).

Nas Informações Complementares identifica os corresponsáveis e ressalta que em razão dos produtos serem sujeitos a substituição por entradas, foi aplicada a multa de 10% do valor das operações, sem cobrança da obrigação principal.

Mandado de Ação Fiscal, Termo de Início de Fiscalização, Aviso de Recebimento do Termo de Início, Termo de Conclusão, Aviso de Recebimento do Termo de Conclusão e mídia digital, tudo às fls. 5 a 11.

A tempestiva impugnação, que dormita às fls. 18/31, apresenta os seguintes argumentos:

- a) Que o auto de infração é nulo em razão de não ter buscado a verdade material, atuando somente com base em ilações, pois existem produtos que são gerados dentro da própria empresa;
- b) Necessidade de Perícia para restar demonstrada suas alegações;
- c) No mérito pugna pela improcedência.

O Julgador de 1ª Instância proferiu a decisão de nº 2152/2018, fls. 123/127, na qual concluiu pela improcedência do lançamento fiscal, submetendo seu julgamento ao Conselho de Recursos Tributários, em razão do Reexame Necessário.

A Consultoria Tributária apresentou seu entendimento às fls. 132/134, no sentido de conhecer do Reexame Necessário, dar-lhe provimento para alterar a decisão para nulidade do feito fiscal. Parecer foi adotado pela douta PGE.

Eis o que tinha a relatar. Passo a proferir meu voto.

VOTO DO RELATOR

O processo apresentado para apreciação do Reexame Necessário, trata de vendas de mercadorias sujeitas ao recolhimento de ICMS Substituição Tributária “para frente”, sem a emissão da respectiva nota fiscal.

A fundamentação da decisão de 1ª Instância para declarar a improcedência, tem como ponto central a ausência de provas imprescindíveis no presente processo, tais como o próprio levantamento, discriminação das mercadorias, quantidades, preço, número dos documentos fiscais utilizados no levantamento fiscal etc.

Necessário, portanto, uma rápida incursão sobre o estudo da prova no processo administrativo tributário.

Durante muitos anos a doutrina processual administrativa reputou que o ônus probatório era exclusivamente do contribuinte, ou seja, assim como a fase do procedimento, o processo administrativo era inquisitório. Tal conceito já foi totalmente descartado. A Constituição Democrática Brasileira de 1988, ressaltou logo no início do digesto, precisamente no art. 5º, LV, que a todos é assegurado a ampla defesa e contraditório, tanto em processo judicial como administrativo.

A prova da increpação fiscal tem a finalidade de oportunizar o contraditório a outra parte, como também se destina ao julgador, para que profira sua decisão com base nas provas apresentadas pela Administração Pública e pelo contribuinte. *Chioyenda*, citado por Paulo Celso Bonilha, ensina que "provar significa formar o convencimento do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes do processo"¹.

O Prof. Paulo Celso Bonilha, assim arremata:

Sob esta perspectiva, a pretensão da Fazenda funda-se na ocorrência do fato gerador, cujos elementos configuradores supõem-se presentes e comprovados, atestando a identidade de sua matéria fática com o tipo legal. Se um desses elementos se ressentir de certeza, ante o contraste da impugnação, incumbe à Fazenda o ônus de comprovar a sua existência. Esse é o teor da conclusão de Tesouro, que extrai da relação substancial a regra processual da carga da prova, "in verbis":

"No processo tributário, a prova deve resultar do fato em que é fundamentado o provimento (nos limites, obviamente, nos quais o recorrente contestou tal ou quais fatos); **se o fato não resulta provado, o provimento é infundado e, portanto, deve ser anulado**: essa é a regra substancial, da qual descende a regra processual do ônus da prova a cargo da Fazenda"² (grifo não consta no original)

¹ Apud, Bonilha, Paulo Celso. Da prova no processo administrativo tributário - São Paulo - 1997. Editora DIALETICA 127, p. 76.

² Obra cit.

O Procurador Federal Adriano Ribeiro Caldas, conclui artigo publicado na Revista de Direito na Universidade Federal de Viçosa³, Vol. 6, nº 02, 2014, com o seguinte texto:

Quanto ao ônus da prova, ainda que consideradas as hipóteses de presunção em favor da Fazenda Pública, não se admite falar em inversão do ônus da prova, atribuindo-se ao contribuinte o encargo de produzir prova negativa ou impossível (prova diabólica). Ao sujeito passivo, somente caberá o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos que alegar, **enquanto, ao Fisco, competirá a prova da existência dos fatos que integram o suporte fático da norma definidora do fato gerador do tributo ou da norma que prevê a presunção.** Como se vê, a regra legal de presunção não elimina o ônus probatório, mas, tão somente, desloca-o do fato presumido para o fato presuntivo, razão pela qual correto é falar-se em distribuição do ônus da prova.

A rigor, as regras de distribuição do ônus da prova reforçam o princípio da verdade material, pelo que **afastam a possibilidade de lançamento fundado apenas em mero relato do Fisco, desprovido de provas da ocorrência dos fatos que integram o suporte fático da norma definidora do fato gerador,** sob o pálio de uma inversão do ônus da prova em face do contribuinte.

(grifos não constam no original)

No presente caso, o agente público não apresentou as provas necessárias para justificar os fatos narrados, como bem colocou o Julgador de 1ª Instância. A ausência dos relatórios de entradas e saídas que originaram o relatório totalizador são fundamentais para que o contribuinte exerça seu pleno direito ao contraditório e ampla defesa, bem como priva o julgador de proferir decisão de mérito, em razão da impossibilidade de se fazer convencido dos argumentos da acusação.

Entretanto, diferentemente do Julgador Monocrático, a ausência de provas não conduz o processo a improcedência, mas a **nulidade absoluta**, portanto, é assim que VOTO.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo de Recurso nº 1/1055/2017 - Auto de Infração: 1/2016.23874, em que é Recorrente: Célula de Julgamento de 1ª Instância e Recorrido: **SHERWIN WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., RESOLVE**, a 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, e por voto de desempate do Presidente, dar-lhe provimento, para modificar a decisão absolutória

³ A prova no processo tributário. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1407/702>
Acesso em 22/11/2020.

exarada em 1ª Instância e declarar a nulidade do feito fiscal, acatando a preliminar suscitada pelo Conselheiro Fredy José Gomes de Albuquerque por cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que não constam dos autos os relatórios de entradas e saídas que originaram o relatório totalizador. Decisão nos termos do voto do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo Conselheiro Fernando Augusto de Melo Falcão, que ficou designado para lavrar a Resolução, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas contrária ao entendimento do representante da Procuradoria Geral do Estado, que em sessão se manifestou contrário à nulidade por não vislumbrar cerceamento do direito de defesa, e favorável à realização de perícia para avaliar se todos os itens listados pela fiscalização passaram pelo processo de transformação, como alega a autuada. Vencidos os Conselheiros Francileite Cavalcante Furtado Remígio, relatora originária, Michel André Bezerra Lima Gradwohl e Dalcília Bruno Soares, que foram contrários à nulidade suscitada, por entenderem que o contribuinte exerceu plenamente seu direito de defesa. As conselheiras Dalcília Bruno Soares e Francileite Cavalcante Furtado Remígio concordaram com o Procurador do Estado, quanto à realização da perícia. A Conselheira Francileite Cavalcante ressaltou em seu voto, que consta dos autos, CD com as informações necessárias a realização do levantamento fiscal. Os Conselheiros Ivete Maurício de Lima, Fredy José Gomes de Albuquerque e Fernando Augusto de Melo Falcão acrescentaram ainda, que as informações que constam no CD produzido e apresentado pelo sujeito passivo com o objetivo de se defender da acusação, não podem suprir as ausências de omissões decorrentes do lançamento tributário, inclusive para fins de realização de perícia. Estiveram presentes para sustentação oral, os representantes legais da autuada, Dr. Caio Araújo e Dr. Fernando Andrade.

SALA DE SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 18 de maio de 2021.

JOSE AUGUSTO
TEIXEIRA:22413995315
315

José Augusto Teixeira
Presidente da 4ª Câmara

FERNANDO AUGUSTO DE
MELO FALCAO:35952121349
2021.05.26 19:20:34 -03'00'

Fernando Augusto de Melo Falcão
Conselheiro Relator

RAFAEL LESSA
COSTA BARBOZA

Rafael Lessa Costa Barboza
Procurador do Estado